

Per una lettura non svalutativa dell'art. 29

di Roberto Bin

1. 'Famiglia' e 'matrimonio' nell'art. 29

Le questioni prospettate alla Corte costituzionale richiamano l'attenzione su temi molto delicati e di ampia prospettiva. Oltre l'evidente interesse delle persone che chiedono di acquisire lo *status* del matrimonio, entrano in gioco – mi sembra - almeno altre due esigenze di rilievo: la prima è che la pressione per il riconoscimento di “nuovi diritti” non spinga a superare la necessaria barriera tra la *legislatio* e la giurisdizione di costituzionalità; la seconda è l'esigenza ancora più urgente di evitare che l'allargamento del novero dei diritti riconosciuti porti ad allentare la capacità del testo della Costituzione di esprimere significati definiti o definibili, trasformando i termini da esso impiegati in contenitori capaci di assumere qualsiasi significato.

Vorrei iniziare da quest'ultimo profilo, ossia dal significato dei termini 'famiglia' e 'matrimonio' impiegati dall'art. 29, primo comma. Come sia stata tormentata la genesi di questa disposizione è noto a tutti, così come è universalmente riconosciuta la estrema difficoltà per l'interprete di dare ad essa un significato compiuto restando aderenti al testo senza lasciarsi prendere la mano da questa o quella lettura ideologica. Assai diffuso tra gli interpreti è per altro un atteggiamento fortemente svalutativo di tale disposizione, che tende a mostrarne la struttura intimamente ossimorica. Benché abbia anch'io assunto tale atteggiamento in altre occasioni, mi sembra tuttavia importante che, davanti ad una precisa questione di legittimità che si impenna (almeno in parte) sull'art. 29.1, si cerchi di offrire una lettura non svalutativa del testo costituzionale, ma di ricostruirne il significato in termini positivi, per comprendere quali limiti esso ponga all'interprete.

Sappiamo bene che dai lavori preparatori non si ricava una traccia sufficientemente chiara del significato che i costituenti volevano attribuire alla disposizione in questione, troppe essendo state le “anime” che hanno inciso sulla sua elaborazione. Non è questa la sede in cui ripercorrere le vicende che hanno segnato la sua scrittura, né basta citare questa o quella affermazione che si trova impiegata nel dibattito per giungere ad una conclusione univoca. Univoca l'interpretazione non può essere perché la disposizione è stata composta attraverso il più arduo dei compromessi.

Se quindi è difficile individuare l'*original intent*, si potrebbe però essere indotti a ripiegare su una premessa “minimalista”, condivisibile da tutti. Essa può essere riassunta così: *tutti* i costituenti avevano un concetto ben preciso di matrimonio quale rapporto giuridico che lega, attraverso una rete complessa di obblighi e diritti, i coniugi; e *tutti* erano certamente convinti che i coniugi dovessero essere individuati in persone di sesso diverso.

Sul piano storico è difficile contestare questa affermazione; sul piano interpretativo essa ci può guidare ad ulteriori passi. Sempre ragionando sui contenuti “minimi” ma non contestabili della norma costituzionale, si potrebbe aggiungere che il significato “oggettivo” (compatibile con il contenuto minimo dell'*original intent*) dell'art. 29.1 Cost. è il seguente: posto che l'uomo tende *per natura* a organizzarsi in gruppi di base denominati 'famiglia', e che le famiglie sono di fatto diverse per composizione, dimensione, regole interne, la Repubblica offre un particolare riconoscimento a quelle famiglie che abbiano raggiunto una forma giuridica stabile ponendo alla loro base il sistema di rapporti giuridici definito dal

· Testo rielaborato della comunicazione al seminario *La «società naturale» ed i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Ferrara 26/2/2010, i cui Atti sono in corso di pubblicazione per Giappichelli Torino, nella collana *Amicus curiae* (ebook), a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi.

matrimonio. Il matrimonio non è un istituto unitario, perché su di esso possono incidere regole derivanti da altri ordinamenti, statuali o religiosi: ma la conformazione di base è comunque data dall'ordinamento costituzionale e legislativo dello Stato che, oltretutto, esclude dal riconoscimento giuridico quei matrimoni che non corrispondano ad alcune regole essenziali. Tra queste regole essenziali vi è pure la differenza sessuale dei coniugi.

Insomma, si potrebbe affermare che la Costituzione non fa sua una visione tradizionale di 'famiglia' (e questo ha consentito al legislatore e alla Corte costituzionale di lasciar evolvere nel tempo l'ossatura giuridica della famiglia), però assume una concezione univoca di matrimonio, basata essenzialmente sulla diversità sessuale e la parità giuridica dei coniugi.

2. L'art. 29 tutela la famiglia o il matrimonio?

Credo che questa conclusione in merito al significato *testuale* dell'art. 29.1 possa essere facilmente accettata. Ma non chiude il problema relativo al significato *attuale* della disposizione. La domanda cruciale è la seguente: se il legislatore volesse riconoscere anche agli omosessuali il diritto a contrarre matrimonio, troverebbe un ostacolo insuperabile nell'art. 29.1? Solo rispondendo a questa domanda possiamo capire l'effettiva portata normativa dell'art. 29, se cioè esso fissi un concetto di famiglia imperniata esclusivamente sull'idea tradizionale di matrimonio.

Temo però che per rispondere a questa domanda non basti l'esegesi del solo art. 29. Il concetto di matrimonio che esso assume svolge una funzione selettiva del complesso novero delle possibili formazioni familiari, tutte egualmente lecite, ma solo alcune, quelle matrimoniali appunto, abilitate ad accedere al sistema di relazioni giuridiche fissate con il matrimonio. Una lettura dell'art. 29 aderente al testo ed al significato originale che esso esprimeva all'epoca della Costituente escluderebbe perciò dal "riconoscimento" dei diritti derivanti dal matrimonio tutte le altre famiglie: ma non è certo questa né l'*intentio* né la *ratio* della disposizione costituzionale.

Per quanto l'*intentio* sia complessa da ricostruire, non c'è dubbio che nell'elaborazione della disposizione abbia svolto un ruolo centrale l'esigenza di individuare nella famiglia un nucleo di relazioni sociali dotate di stabilità da porre al riparo dalle interferenze degli apparati pubblici. Sotto questo profilo, l'obiettivo dell'art. 29 non differisce di molto dal "rispetto della vita privata e familiare" garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti; ad esso però si aggiunge un aspetto "positivo", cioè il riconoscimento di un regime giuridico diretto ad assicurare la stabilità e l'equilibrio delle relazioni familiari.

Mentre l'aspetto "negativo", il rispetto della vita privata, è sicuramente tutelabile anche al di fuori del matrimonio, sia pure con qualche marginale attenuazione (penso alle verifiche della residenza anagrafica delle persone oppure a certe norme tese alla protezione dei figli nati in famiglie di fatto), l'aspetto "positivo" è invece riservato in via esclusiva alle famiglie matrimoniali. Ma anche in questo caso vanno compiute alcune distinzioni: vi sono relazioni familiari che prescindono dal fondamento matrimoniale (si pensi agli obblighi alimentari verso i genitori ed i fratelli, nonché all'intero complesso degli obblighi dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori del matrimonio), ed altre che sono invece conseguenze esclusive del matrimonio: alcune di queste poi (si pensi all'obbligo di fedeltà) rappresentano il risvolto giuridico del riconoscimento sociale che acquisisce la coppia sposata.

Non c'è dubbio che l'evoluzione del diritto di famiglia abbia portato al restringimento dell'area dei diritti e dei doveri "esclusivi" della famiglia matrimoniale, riducendola essenzialmente alle relazioni tra i coniugi. Anche l'area di applicazione dell'art. 29.1 Cost. si è pertanto ridotta? Probabilmente sì. La natura matrimoniale della relazione tra i *partner* produce riflessi sempre meno percepibili dai soggetti che, pur rientrando nel loro stesso

ambito familiare, non sono direttamente coinvolti dal loro rapporto di coniugio. Lo dimostra quanto la Corte costituzionale è venuta affermando a proposito delle “famiglie di fatto”: l’opzione per il regime matrimoniale è una scelta libera dei coniugi, ai quali è lasciata aperta la strada di non formalizzare la propria unione, evitando così di assumersi il peso e i vantaggi connessi a quel regime giuridico; ma le loro scelte non pregiudicano gli interessi di terzi, dei figli in primo luogo. Del resto perché mai la tipologia di relazione scelta liberamente da due persone dovrebbe produrre effetti giuridici profondamente diversi nella sfera giuridica di altre persone, ad esse legate da vincoli familiari, ma che a quella scelta non hanno partecipato?

3. “Original intent” e riduzione dell’area di applicazione dell’art. 29

La riduzione dell’area di applicazione dell’art. 29.1 accentua però i problemi della sua interpretazione, anziché alleviarli. Prendendo le mosse da un’interpretazione testuale della disposizione, che tenga conto dell’*original intent*, finiamo con giungere ad un approdo interpretativo sorprendente: la famiglia, come società naturale, resta sullo sfondo, mentre tutto si concentra sulla relazione matrimoniale tra i coniugi. Per cui, proprio com’era all’origine (cioè prima della sortita del Comitato di redazione, o “dei diciotto”, nella notte del 23 aprile 1947), le due tematiche ritornano divise: da un lato c’è la famiglia, come società naturale; dall’altro il matrimonio, come rapporto che riguarda esclusivamente i coniugi. Ciò che in origine apparteneva a due articoli diversi, ritorna a dividersi secondo traccati divergenti. Il matrimonio, su cui si fonderebbe la famiglia, resta un rapporto esclusivo tra i coniugi, non più irresolubile come si voleva ad un certo punto dei lavori dell’Assemblea costituente, ma ancora eterosessuale, com’è implicito nell’istituto stesso, com’è per tradizione.

Alla fine, ciò che rimane è solo questo: il significato giuridico dell’art. 29.1 si riduce nel riservare lo *status* derivante dal matrimonio a coloro che possono e vogliono contrarre matrimonio; ma coloro che possono contrarre matrimonio sono solo le coppie eterosessuali, i cui componenti siano maggiorenni (salva autorizzazione), celibi e non legati dai rapporti di parentela, affinità, adozione e affiliazione previsti dall’art. 87 cod. civ. Come si vede, le clausole che impediscono di accedere al rapporto matrimoniale sono giustificabili o da esigenze riconducibili alla capacità giuridica di assumere in piena consapevolezza i diritti e doveri derivanti dal rapporto di coniugio, come rapporto esclusivo (divieto di bigamia), oppure dall’esigenza atavica di evitare l’endogamia. E poi c’è l’eterosessualità, aspetto che non riguarda né la capacità giuridica né l’endogamia: e neppure la volontà dei *partner*.

La conclusione un po’ paradossale a cui si perviene cercando di assicurare all’art. 29.1 Cost. un’interpretazione fedele al testo ed orientata a conferire ad esso un significato giuridico effettivo, che non si separi da quello che i costituenti potevano avere in mente, è che la disposizione costituzionale non tutela affatto l’istituzione familiare, ma solo il regime giuridico del matrimonio: anzi, più esattamente, tutela un regime del matrimonio coerente con la tradizione italiana, alla quale però si impone il fondamentale correttivo della obbligatoria eguaglianza dei coniugi, secondo quel che dispone il secondo comma dello stesso articolo.

Però, nel momento stesso in cui riserva alle sole coppie eterosessuali i privilegi di stabilità giuridica e di rispettabilità sociale, nonché le regole della solidarietà e dell’eguaglianza dei coniugi, l’art. 29 Cost., così “fedelmente” interpretato, mostra tutta la sua fragilità. Posto che in tale disposizione si fonda la libertà e il diritto di sposarsi, e dare luogo così ad una famiglia “privilegiata”, ogni limitazione introdotta dal codice civile al “diritto di sposarsi” trova giustificazioni sufficienti a resistere ad un test di ragionevolezza, e non si scontra con i divieti di discriminazione contenuti nel “nucleo forte” dell’art. 3.1 Cost.;

ma il divieto (non esplicito) di coniugarsi imposto alle coppie omosessuali incappa invece proprio in uno dei divieti di discriminazione espressi dalla Costituzione e crea una tensione assai forte tra l'art. 29.1 e l'art. 3.1: il primo non si può interpretare senza sciogliere la difficile contraddizione con il secondo.

4. Il diritto costituzionale alla famiglia tra legislazione e giurisdizione

Proprio l'argomento "originalista" – i costituenti certo non pensavano, scrivendo la parola 'matrimonio', all'ipotesi che i coniugi potessero essere anche persone dello stesso sesso – si rivolge contro il superamento di questa contraddizione: siccome i costituenti neppure immaginavano che un giorno coppie omosessuali avrebbero avanzato la pretesa che il diritto riconosca *in qualche modo* la loro relazione, non si può neppure sostenere che l'art. 29.1 Cost. sia stato scritto proprio per impedire che le coppie omosessuali forzino il divieto di discriminare in base al sesso sino al punto di pretendere di contrarre matrimonio allo stesso modo in cui lo contraggono le coppie eterosessuali.

Nella misura in cui i diritti degli omosessuali a non subire discriminazioni che ne degradino la dignità umana o impediscano il pieno sviluppo della loro personalità acquistano peso nell'interpretazione costituzionale (per l'evoluzione dei costumi, per la maturazione della giurisprudenza costituzionale, per la pressione delle organizzazioni sovranazionali o per la "circolazione dei modelli giuridici"), è evidente che l'art. 29.1 Cost. diviene un argine sempre meno robusto. Anzi, per un verso, l'enfasi posta sulla "naturalità" della famiglia sembra suffragare una lettura della disposizione costituzionale – fatta propria dalle ordinanze di remissione – che pone il diritto a formarsi una famiglia tra i fattori determinanti dello sviluppo della personalità degli esseri umani. Il problema è allora se il riconoscimento di questi diritti possa imporsi per via giudiziaria, o se sia indispensabile l'intervento del legislatore.

Questo quesito è parte di un problema più generale, che investe tutti i c.d. nuovi diritti. È chiaro che spetta al legislatore percepire, interpretare e tradurre in nuove regole giuridiche i mutamenti che intervengono nella società: questo è un potere – dovere degli organi rappresentativi. Ma non è meno chiaro che, se i nuovi diritti possono vantare un fondamento costituzionale, il loro riconoscimento non può dipendere esclusivamente dalla volontà del legislatore: in caso di inerzia di questi, alla fine si imporranno per via giudiziaria. Benché il legislatore italiano mostri spesso di considerare il riconoscimento giudiziario dei diritti un *vulnus* alle sue prerogative, ciò dipende esclusivamente dalla sua scarsa consapevolezza di quali siano i limiti "negativi" e "positivi" che la legislazione ordinaria deve incontrare in un sistema costituzionale e del ruolo che la Costituzione assegna ai giudici e alla Corte costituzionale nel far valere tali limiti. La difesa dei diritti costituzionali delle persone deve prevalere sulla gelosa inerzia del legislatore.

Ma, naturalmente, questa prevalenza deve passare attraverso un processo sufficientemente lungo e complesso. Bene hanno fatto quindi i giudici ad evitare un salto in avanti quale sarebbe stato l'offrire per il caso singolo un'instabile e velleitaria soluzione interpretativa favorevole alle coppie omosessuali e ad investire invece la Corte costituzionale del problema: anche se questo ha comportato che si accreditasse l'esistenza nel codice civile di norme espresse contrarie al matrimonio omosessuale, il che forse non è o non è con tanta evidenza. E sarà comprensibile anche un atteggiamento di grande prudenza da parte della Corte costituzionale, che forse riterrà non ancora maturi i tempi per un riconoscimento giurisprudenziale esplicito del diritto di sposarsi a prescindere dal sesso del proprio *partner*. Anche perché l'apertura delle porte del sacro istituto del matrimonio alle coppie omosessuali forse non è l'unico strumento capace di soddisfarne pienamente le esigenze e i diritti. Ma se resta al legislatore il compito di predisporre gli strumenti necessari e più opportuni, sarà certo importante che la Corte lo solleciti con

forza in questa direzione e lo metta in mora. Anche queste sollecitazioni accelererebbero il processo di riconoscimento di diritti che non possono restare a lungo senza riconoscimento.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali